私法定位及其规范体系的二元构造
——“新利益说”的提出与展开

谢　潇

(重庆大学 法学院, 重庆 400044)

摘　要: 就私法定位而言,在后民法典时代,出于维护民众合法权益,发展中国特色社会主义市场经济以及优化优越营商环境之考虑,应当将私法认定为以市场经济与市民社会为限,一切具有私法自治因素或者直接关涉私人利益,并且应当为国家权力所保障之法。而以此为据,就私法规范体系的构造而言,在我国民法典颁行之后,应当将民法(或曰一般私法)视为市场经济与市民社会基本法,而将民法典外之商法、经济私法以及寄居于公法渊源中的附属私法认定为市场经济与市民社会之特别法,最终形成以民法典所汇纂的民法(包括法典化的商事通则)为“核心区域”,而以民法典外之商事单行法、经济私法以及附属私法等为“边缘区域”的私法规范体系。

关键词: 民法典;私法;私法自治;私法体系;公法

中图分类号: D923　　**文献标识码:** A　　**文章编号:** 1000-5919(2024)01-0150-11

我国颁行的《民法典》并非仅以民事单行法汇编为旨趣,乃是我国首次以“法典”为名,在私法领域所完成的一次具有国家治理现代化因素的编纂型民事立法。《民法典》不仅构成对多部各自独立的民法渊源的体系整合,其亦可被视为国家治理现代化观念在私法领域中的制度彰显。以法典形式完成汇纂的民法规范体系,无疑有助于在中国特色社会主义市场经济范畴内弘扬私法自治观念,提高市场主体的活力与创造力,最终推动社会财富的创造与增长。在更为宏观的视野下,民法典颁行后的私法属性认定与私法规范体系构造问题,仍有待于进一步考察。

一、私法定位学说之重述

就私法的定位与属性界定而言,民法学上主要存在三种学说,即利益说、隶属说以及主体说。利益说倾向于根据私法所关切与保护的利益为标准区分私法与公法。而隶属说则认为应当以法律关系中主体是否存在隶属关系为圭臬界分私法与公法。此外,与利益说和隶属说均有所不同,主体说主张,应以特定法律关系中是否存在适格的公权力者为基准勘定私法之疆域。兹分述如下。

(一)利益说

利益说是关于私法定位的经典学说,其源于罗马法学。该学说认为,就法律关系抑或法律规范的性质认定而言,应当以利益为基准展开,倘若该法律关系或者法律规范涉及公共利益,则其归于公法;相反,假如其关涉私人利益,则应将之纳入私法范畴。① “公法关乎罗马国家之制度,而私法则涉及私人之

收稿日期: 2023-03-02

作者简介: 谢潇,重庆大学法学院副教授。

基金项目: 中央高校基本科研业务费项目“法经济学视野下的集体建设用地使用权入市法律机制研究”(2019CDJSK08XK19)。

① Vgl. Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl., 2010, S. 6.

利益。"[①]利益说认为,公法上之利益与私法上之利益截然不同,公法所保护的利益应为公共利益抑或共同利益,[②]例如国家利益;而私法所救济的利益仅限于私人利益,或曰个人利益,[③]例如私人因与其他私主体缔结合同所取得的合同利益,私人根据法律规定新建不动产而取得的物上利益,以及私人开办企业所赚取的合法利润等。利益说之要义在于,须对构成法律体系的各项规范加以利益分析。质言之,就一项法律规范的属性界定而言,一旦认定其仅以私人利益保护为目的,则应当将之纳入私法体系;相反,如借由利益分析而确认某项法律条款系以公共利益或者共同利益之维护为旨趣,则须将其归于公法范畴。

(二)隶属说

与利益说有所不同,隶属说主张公法之目的,在于构造"隶属秩序"(Über—Unterordnung),而私法之宗旨,则系维护"平等秩序"(Gleichordnung)。[④] 隶属说认为,在公法所干预的法律关系中,所有主体之间具有隶属关系;而在私法所调整的法律关系中,各方主体之间并无隶属关系,参与法律关系的全部主体均为平等主体。[⑤] 隶属说将公法与私法所调整的法律关系区分为隶属性法律关系与平等法律关系。其中,公法关系即主体之间具有隶属因素的法律关系;私法关系应为法律关系主体均系平等主体的法律关系。以此为据,规制隶属关系性质之法律关系的法律即为公法,譬如涉及行政处罚、行政许可的法律;而调整平等主体之间法律关系的法律则为私法,例如合同法、物权法、婚姻法等。[⑥] 一言以蔽之,隶属说认为,由于私法奠基于私人之间的平等与自决(私法自治)之上,故而私法关系应为奉行私法自治原则的平等法律关系;相反,公法则关涉国家与其他被赋予公权力的团体之间的关系,国家、享有公权力的团体与其成员之间的关系,以及保有公权力的团体之组织秩序,由于这类关系属于欠缺平等因素的隶属关系,故而以主体之间是否具有隶属关系为标准,可以大致实现对公法与私法之区分。[⑦]

(三)主体说

在私法史上,存在旧主体说与新主体说之分。旧主体说认为,倘若法律关系中的一方当事人为公权力者,则该法律关系即构成公法关系。旧主体说之特点与优势在于清晰。与利益说、隶属说相比,如适用旧主体说,则几乎可以较为严格地对公法与私法加以区分,因为国家与被赋予公权力的团体均被认定为公权力者或曰拥有公权力的法律主体,故而对于法律规范属性的界定来说,一旦某项法律关系中存在国家或者其他被赋予公权力的团体,则规制这类法律关系的法律皆为公法;相反,若某项法律关系中的全部主体均为私主体(譬如自然人、私法上的法人等),而没有公权力者(例如国家或者拥有公权力的团体),则可以极为精确地将调整此类法律关系的法律归于私法范畴。尽管旧主体说具有清晰性优点,但却存在较为明显的理论缺憾。该学说的缺陷在于无法解释公权力者缔结普通买卖合同时的情形,因为公权力者以私法上之目的而与其他私主体订立普通买卖合同,此时应当适用私法上的买卖合同规范,调整该买卖合同的法律应为私法,而该买卖合同法律关系亦当为私法关系;但根据旧主体说,由于该买卖合同法律关系一方主体为公权力者,故而又应当将其认定为公法关系。可见,旧主体说无法回应公权力者缔结普通买卖合同时的规范与法律关系认定难题。[⑧]

新主体说在改造旧主体说基础之上得以诞生。新主体说认为,倘若某位主权享有者系以主权享有

---

① Alan Watson(ed.), *The Digest of Justinian*, Vol. Ⅰ,University of Pennsylvania Press,1985,p. 1.

② Vgl. Hans—Uwe Erichsen/Dirk Ehlers(Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht,14. Aufl.,2010,S. 142.

③ Vgl. Franz—Joseph Peine, Allgemeines Verwaltungsrecht,11. Aufl.,2014,S. 25.

④ Vgl. Reimund Schmidt—De Caluwe, Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers: Staatsetheoretische Grundlagen, dogmatische Ausgestaltung und deren verfassungsbedingte Vergänglichkeit,1999,S. 34.

⑤ Vgl. Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB,10. Aufl.,2010,S. 6.

⑥ Vgl. Manfred Wolf/Jörg Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichenrechts,10. Aufl.,2012,S. 10.

⑦ 卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔、邵建东、程建英等译,北京:法律出版社 2013 年版,第 3 页。

⑧ 参见朱庆育:《民法总论》(第二版),北京:北京大学出版社 2016 年版,第 9 页。

者之身份参与法律关系,则调整该法律关系之法律即为公法,否则法律关系便应当由私法加以调整。新主体说认为“公法寓于主权享有者所参与的法律关系之中”①,而私法所关涉的法律关系并无主权享有者介入。与旧主体说相比,新主体说是在“主体标准”基础上增加了“身份标准”。新主体说主张不得仅以法律关系中一方主体为公权力者为根据认定该法律关系为公法关系,相反,在特定法律关系已经契合“主体标准”(即至少一方主体为公权力者)的前提下,当且仅当该法律关系中的公权力者以其公权力者身份介入法律关系时,方可将这项法律关系认定为公法关系,此时调整该种法律关系的法律即为公法;相反,若执掌公权力的国家抑或团体仅以私主体身份而与其他私主体缔结普通买卖合同等法律关系,则此类法律关系仅可被视为私法关系,调整这类法律关系的法律则为私法。

二、私法定位理论之检讨

客观而言,利益说等三种学说均具有其合理性。要言之,利益说以私人利益为根据,而相对合理地实现了对私法与公法的区分,根据该学说,可以将大部分事关私人利益之法认定为私法。而与利益说相比,隶属说与主体说亦具有其优点,适用隶属说与主体说,私法与公法之间的界限会更加清晰。不过严格而论,利益说等三种学说仍旧有所不足,实有必要对其加以反思与补正。

(一)对私法定位理论的反思:诸学说的特点与不足

上述三种学说中,利益说最不受现代民法学重视,其一般被视为严重过时并且与实际不符的古典理论,因为对于现代国家尤其是现代福利国家而言,公共利益与私人利益通常难以区分。例如,传统上被归于私法的婚姻制度与竞争法制度,亦可服务于公共利益之实现;而公法上的救济法,事实上也的确关涉私人利益。② 利益说作为一项理论存在明显缺憾,因为私法不仅保护私人利益,也保护公共利益。例如,私法保护司法的利益、交易安全的利益、法律关系易于识别与证明的利益、社会秩序(如婚姻与家庭等稳定)的利益,甚至还保护社会经济与市场经济的利益;而公法尽管通常涉及公共利益,但公法也会适当照顾私人利益,譬如个人可以到行政法院提起诉讼。③

现代民法学对于利益说的批评奠基于作为部门法的现代民法观念之上。相反,倘若返璞归真,将利益说重新置于罗马私法的历史图景中,则不难发现利益说与其特殊的罗马法背景具有密不可分的关系。在罗马法视阈内,利益说的真正旨趣在于将公法限制于一个较小的范畴之内。蒙森认为,所谓罗马公法,其实就是罗马国家法,④其所承认之公法,主要为宪法与行政法。⑤ 鲁道夫·索姆以罗马私法为上位概念将罗马私法划分为自然法、万民法和市民法三种类型。⑥ 原本自然法、万民法与市民法之分类,应当对应全部罗马法,但由于罗马私法占据罗马法中的绝大部分,故而索姆之分类亦非谬误。利益说视阈下的私法在内容上极为宏富⑦,而罗马法意义上的公法似乎仅仅涵盖“政治法”的范围⑧,在政治法之外,与罗马国家利益无关的所有法律均属私法之列。

以罗马法为具体情境的利益说之所以在现代民法的背景下显得欠缺解释力,主要原因在于罗马人区分了“元老院与罗马人民”的利益(即国家利益)与私人利益,但却没有严格区分公共利益与私人利

---

① Vgl. Dieter Leipold, BGB Ⅰ: Einführung und Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2013, S. 7.

② Vgl. Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl., 2010, S. 6.

③ 卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),第 4 页。

④ Cfr. Aldo Petrucci, Corso di diritto pubblico romano, G. Giappichelli Editore—Torino, 2012, p. 1.

⑤ 徐国栋:《罗马公法要论》,北京:北京大学出版社 2014 年版,第 4 页。

⑥ Rudolph Sohm, *The Institutes: A Textbooks of the History and System of Roman Private Law*, translated by James Crawford Ledlie, Oxford at the Clarendon Press, 1907, pp. 70—73.

⑦ 参见徐国栋:《民法对象研究》,北京:法律出版社 2014 年版,第 64—65 页。

⑧ Vgl. Anton Friedrich Justus Thibaut, System des Pandekten—Rechts, Erster Band, 1803, S. 201.

益。若审慎考察罗马私法之素材,罗马人似乎将公共利益视为私人利益的一种聚合形态,故而一般而言,涉及公共利益的法律亦可被纳入私法范畴,唯有直接与罗马国家政体相关的法律才会被认为属于公法。对于罗马人而言,即使在最宽泛的意义上,罗马法上的公法也只包括政体法、行政法、行省法、对外关系法、公共刑法以及宗教法①,与现代公法体系相比,罗马公法的范围明显较为狭窄。②

不过,罗马人并未追求公法与私法的精致区分,罗马法上的公法与私法亦不存在泾渭分明的界限。罗马法意义上的公法与私法之间存在重叠与交叉,③只不过对于公法与私法存在交叉的领域而言,罗马法学家将其整体性地归于私法调整对象中,从而最大程度地拓展了私法范畴。事实上,在罗马法上,公法与私法区分之实益主要体现为法律适用层面上罗马法所恪守的"公法不得为私人协议所变更"原则。换言之,根据罗马人的观念,公法或许与现代法律体系中的强行法极为相似。④

总体而言,尽管源自罗马法的利益说或许在形式逻辑层面上存在一定缺陷,但根据利益说,原则上法律均为私法,或者大部分应为私法的观念,却深值珍视,因为利益说视阈下的私法观念隐含着限制国家权力、维护私人利益之要义。因此,利益说对于当代私法理论仍富有时代意义。对于杂糅私人利益、公共利益乃至国家利益之事实,如无明文规定,应当尽量纳入私法的调整范围,从而最大限度地维护普罗大众作为私人的自治状态与私人权益。在此意义上,私法或许在原则上可以被表述为一切维护私人利益以及与私人利益密切联系之公共利益的法律。

利益说在观念上无疑具有一定的合理性,但对于民法教义学的体系构造却并无多少助益。因为通说认为,以利益为圭臬区分公法与私法欠缺可操作性。正是基于这方面的考虑,隶属说应运而生,其针对利益说之弊端,有针对性地主张,凡是涉及隶属秩序的社会事实均归公法调整,凡是属于平等秩序的社会事实,则应纳入私法调整的范畴。

隶属说无疑具有简洁有力、清晰明了的优点,但隶属说在补正利益说理论缺憾的同时,自身仍旧存在困境,因为在私法领域明显存在具有隶属性质之法律关系。例如,父母与其未成年子女之间的关系就与合同双方当事人之间的关系大相径庭。尽管现代民法普遍否认古老的具有支配权因素的"亲权"概念,但即使将"亲权"观念损益为"父母之照顾",亦不可将父母与其未成年子女之间的关系,彻底转变为类似合同关系的纯粹平等秩序,父母与其未成年子女之间的关系仍旧属于隶属秩序的范畴。⑤ 此外,在具有私法性质的团体(例如公司)中,团体成员明显会受到依据章程而做出的决议之约束。在公法领域,其实也存在不属于隶属关系的平等法律关系。例如,在德国,联邦所属的各州之间所订立的关于相互承认其中学文凭的协议,两个地方政府订立的将某一区域纳入其中一方管辖的协议等,这些公权力机构之间并无隶属关系,故而其关系具有平等性质。⑥隶属关系说无法自圆其说之处凸显了一项极为重要的事实,即私法的确主要调整平等主体之间的法律关系,而公法也确实以调整隶属关系为重要旨趣,⑦但"平等"却并非私法与公法的绝对区分标志,无论私法抑或公法,二者均既可调整隶属关系,亦可介入平等关系。平等并非公法与私法相互区分的核心因素。

在利益说与隶属说的基础上,新主体说以革新者之姿态登上历史舞台。该学说认为,不应将利益或者平等关系作为区分公法与私法的标准,而应当具体考察主权享有者是否以主权享有者身份参与法律关系。若其以主权享有者之身份而与其他主体结成法律关系,此时的法律关系应当归于公法调整;若其

---

① Vgl. Max Kaser/Rolf Knütel/Sebastian Lohsse, Römisches Privatrecht,21. Aufl. ,2017,S. 35.

② Vgl. Zerres, Bürgerliches Recht: Allgemeiner Teil, Schuldrecht, Sachenrecht, Zivilprozessrecht,9. Aufl. ,2019,S. 4.

③ George Mousourakis, *Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition*,Springer,2015,p. 97.

④ Vgl. Max Kaser/Rolf Knütel/Sebastian Lohsse, Römisches Privatrecht,21. Aufl. ,2017,S. 35.

⑤ Vgl. Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB,10. Aufl. ,2010,S. 6.

⑥ Vgl. Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB,10. Aufl. ,2010,S. 6.

⑦ Vgl. Hans Brox/Wolf—Dietrich Walker, Allgemeiner Teil des BGB,38. Aufl. ,2014,S. 8.

未以主权享有者身份参与法律关系,则该法律关系应当属于私法调整范畴。客观而言,新主体说的确在理论上较为清晰地界定了公法与私法的范围,但新主体说其实与利益说存在类似缺陷。新主体说无法清晰阐明主权享有者究竟何时以主权享有者身份参与法律关系,何时以非主权享有者身份参与法律关系。在涉及社会福利的许多领域,例如国家给予大学生助学贷款等情形中,主权享有者究竟是在行使主权,抑或只是与大学生之间达成金钱借贷关系,甚至两种情况兼而有之,不无疑问。① 与利益说相仿,新主体说亦会在特定情境中陷入区分不能之窘境。

(二)私法定位的重构:新利益说的提出

从罗马法时代的利益说到现代具有通说地位的新主体说,事实上并未产生实质意义上的理论进步,公法与私法的界限仍旧暧昧不明,其原因或许主要在于原本公法与私法之间便没有真正意义上的边界。正如拉伦茨所言,“在公法与私法之间,并不能用刀子把它们精确无误地切割开,……公法与私法在许多方面相互交错在一起”②,故而倘若秉持较为严格的标准,则彻底区分公法与私法几乎为不可能之事。

那么,是否可以反其道而行之,彻底放弃对公法与私法加以区分的观念呢?倘若将视角由传统的公私法区分理论转移至凯尔森的纯粹法学,则不难发现公法与私法之间的区分根本无关紧要,属于可有可无之观念。凯尔森所创设的纯粹法学将法学视为规范的法教义学,而非奠基于特殊的法政策学基础之上的学问。③ 依凯尔森之见解,实证法律秩序是由规范所构成之体系,而作为体系构成单位的所有规范均具有同质性,因为它们的效力均源于处于最高位阶的基本规范,即一切规范均系基本规范之派生物。④ 凯尔森坚定地认为,从实证主义角度出发,公法与私法的区分根本没有实质意义,无论是私法上的法律行为抑或公法上的行政行为,都是体现国家意志之行为,公法与私法,仅仅在法律创制层面上存在形式上的区别,二者事实上均归属于作为整体的蕴含国家意志之法律秩序,本质上并无差异。凯尔森甚至进一步主张,由于公法与私法均构成源于基本规范的同质性规范,故而私权利与公权力之间亦无对立关系,二者均系国家意志之具体展现,皆蕴含政治意义上的权力因素。⑤

仅就体系与逻辑而言,凯尔森的观点的确具有一定合理性,因为在法律实证主义视野下,法律就是制定法,或曰“由统治者颁行并且强制执行之法”。法律实证主义笃信“法律就是法律”之信条,主张有关正义的问题实质上乃政治与道德问题而非法律问题,故而法学不应涉足其中。⑥ 依据法律实证主义,凯尔森将公法与私法视为基本规范所派生之具有共同性质的体现国家意志的规范,无疑足以自圆其说。不过,法律绝非由逻辑、概念与权力事实所构造之行尸走肉,一切法律倘若欠缺正义目的与正当价值,均为丧失灵魂的可鄙之物。正如齐佩利乌斯所言,法律乃“基于特定目的之社会构造手段”⑦,任何法律均蕴含值得珍视之特定价值与目的。在此意义上,公法与私法之区分仍应予以维持,理由在于,以目的与价值视角而观之,区分公法与私法可以大致划分国家权力运行的方式与领域。对于公法而言,国家权力以积极方式运作,透过民主化的代表机制、科层制的官僚体系以及专业的司法系统借由立法、司法与行政等方式实现国家权力的合理授权与妥当监督,维护国家利益与社会公共利益,从而间接保护民众私人利益;对于私法而言,国家权力以相对克制的态度运作,国家权力须尊重私法自治与私人的意志自由,其主要通过立法与司法方式对私法事务予以事前授权或者事后救济。

---

① Vgl. Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl., 2010, S. 6ff.

② 卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),第6—7页。

③ Vgl. Arthur Kaufmann/Winfried Hassemer/Ulfrid Neumann, Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Aufl., 2011, S. 124.

④ Vgl. Kurt Seelmann/Daniela Demko, Rechtsphilosophie, 6. Aufl., 2014, S. 75.

⑤ Vgl. Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 2000, S. 285ff.

⑥ Vgl. Norbert Hoerster, Was ist Recht?: Grundfragen der Rechtsphilosophie, 1. Aufl., 2006, S. 67ff.

⑦ Vgl. Reinhold Zippelius, Das Wesen des Rechts: Eine Einführung in die Rechtstheorie, 6. Aufl., 2012, S. 12.

因此,“公法乃决策受约束之法,而私法则系自由决定之法”①。本文认为,私法即一切具有私法自治因素,或者直接关涉私人利益,并且应当为国家权力所保障之法;而公法则是欠缺自治因素,直接与国家利益或者重大社会公共利益相关,并且以国家权力的直接介入为特点之法律。以此为据,即可进一步区分私法之范畴与公法之界域。第一,蕴含个人自治因素并且直接关涉私人利益的法律属于私法,譬如我国《民法典》中的总则编与合同编。第二,蕴含家庭自治因素并且直接关涉私人利益的法律属于私法,譬如我国《民法典》中的婚姻家庭编与继承编。第三,尽管并不蕴含浓厚的自治因素,但直接关涉私人利益,并且国家权力并未以积极介入之方式(尤其是行政方式)施加直接影响的法律属于私法,例如《民法典》中的侵权责任编、人格权编等。第四,奉行有限的私法自治原则,并且为维护私人利益或者社会公共利益,国家借由立法而对私法自治予以限制或者提供标准的法律属于私法,例如商法、消费者权益保护法。第五,欠缺自治因素,与国家利益或者社会公共利益密切相关,并且以国家权力直接介入为特点的法律均为公法,譬如行政法与刑法。第六,欠缺自治因素,以约束与规范国家权力之行使为主要旨趣的法律属于公法,例如行政强制法与行政诉讼法。须加以斟酌之处在于,尽管民事诉讼法也具有约束与规范私人权利行使之功能,不过民事诉讼法主要以私人权利之条理化实现为旨趣,故而民事诉讼法更适合整体性地被视为私法程序法。与之相反,刑事诉讼法由于既涉及私人利益亦关涉国家利益,故而属于公法与私法共同适用之程序法。当然,在一定程度上,或许关于公法与私法之区分,应当限于实体法领域,而在程序法界域内则不宜强行区分公法与私法,乃因程序法除程序正义外,并无类似实体法的明确利益与价值倾向,因此亦可将程序法整体性地排除于公法与私法区分范式之外。第七,欠缺自治因素,以抽象形式确立国家基本政治制度与个人基本权利体系的法律或曰宪法属于公法。当然,严格来说,宪法应当以其“政治法”身份②独立于公法与私法的区分范式之外。

此外,倘若对某种法律究竟系属公法抑或私法存有疑问,则应当在审慎商榷之基础上经由立法辩论或者法学辩论确定归属。若无法通过辩论达成一致意见,则不妨推定该种法律属于私法,因为如无必要与明确授权,不宜将其视为公法,进而使国家权力得以直接介入尤其是以行政之方式实施该法律,惟其如此,方可防止国家权力擅行,维护民众之合法权益,乃至在市场经济条件下实现优越营商环境之构造。

不难发现,关于私法性质的隶属说的确不足为训。主体说,尤其是作为通说的新主体说,事实上也存在诸多理论上的缺憾。至于源自罗马法的利益说,则更无理论上的优势,因为无论是隶属说,抑或新、旧主体说,其实都是以利益说为批判对象所构造的相对新兴的学说。如以价值视角而观之,与隶属说以及主体说相比,利益说在限缩与约束国家权力,尽可能扩大私法范畴方面具有优势,故而基于私法优位主义之考虑,以利益说为基础,融入私法自治因素,对利益说加以损益和修正,构造关于私法定位的全新学说,似乎仍具合理性。

因此,本文认为,所谓私法,即一切具有私法自治因素,或者直接关涉私人利益(包括绝大部分不属于国家利益的社会公共利益),并且应当为国家权力所保障之法,此即关于私法性质的“自治与利益说”,亦可被称为新利益说。依据该学说,具有私法自治因素与私人利益保护因素的法律均应被归于私法范畴之中,而倘若就某项法律之性质存有疑问,亦可在确定归属之前暂且将其推定为私法。如此一来,势必使市民社会之范围发生相应扩张。相应地,私法自治与私人权利所能作用的范围也将附随性获得拓展,而民众借由私法规则维护私人利益的空间亦可相应扩大。在“自治与利益说”的视阈下,民众可以在市民社会的范畴内享有最大限度的合理自由。

---

① Vgl. Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB,10. Aufl. ,2010,S. 7.

② 参见许育典:《宪法》,台北:元照出版有限公司 2019 年版,第 10 页以下。

三、私法规范体系之构造

即使奉行“自治与利益说”或曰“新利益说”,其实仍旧难以真正在现代社会背景下彻底区分公法与私法,进而为私法设定一项完美无缺的概念并且明晰其范畴。因为公法与私法的区分,无论是采取公共利益与私人利益之基准,抑或平等秩序与屈从秩序之圭臬,甚至以主权者是否以主权者之身份参与法律关系为视角,均属关于公法与私法区分的预期,而非现实。因此,“自治与利益说”仅仅是一种依据私法优位主义以及私法范畴最大化的价值观念,而对公法与私法加以区分的理论罢了。倘若将私人财产与契约自由视为促使社会进步之制度性工具,则“一切法律皆为公法”①;假如将法律视为市民阶层获取或者增强自己力量之方法,则亦可将所有法律视为私法。事实上,公法与私法之间的界限奠基于特定价值之上,故而私法帝国的疆域并非由法典与规则所界定,而是取决于原则与态度。有鉴于此,接踵而至之任务,则系以“自治与利益说”为观念根据,而尝试构造后民法典时代的私法规范体系。具体而言,以“自治与利益说”或“新利益说”为根据的私法规范体系构造,主要系于对民法与宪法、民法与商法、民法与经济法以及民法与附属私法之间关系的辨析基础之上。

(一)民法与宪法

以我国法源视角而观之,作为社会主义市场经济与市民社会的法律,民法乃市民社会之“宪法”或曰基本法。尽管我国《民法典》第 1 条“根据宪法,制定本法”的表述在法律位阶意义上承认宪法作为国家之根本法,乃民法制定之依据。但是,由于宪法并非我国民事案件的裁判法源,无法作为民事纠纷的裁判规范,②故而仅就法源角度而为观察,宪法并未在事实上发挥市民社会“宪法”,或曰市民社会基本法之功效,而在民法典诞生之后,市民社会基本法之地位,则无可置疑地应归于民法典之上。

以欧陆法系私法史视角而观之,在宪法尚未发达之前,欧陆国家民法典往往担当市民社会宪法之角色,即“民法宪法化”现象③。在宪法条款下沉至司法裁判实践之前,宪法主要作为政治纲领而存在,而唯有民法典,才在市民社会领域发挥着类似现代宪法之功效。尽管我国宪法与民法典之间的关系与欧陆法系中民法与宪法之关系存在诸多差异,但与欧陆法系私法史发展进程极为相似的是,我国现阶段并未将宪法设定为法院之裁判渊源,因而从实证主义出发,我国民法典反而在市民社会范畴内具有“宪法”,或曰宪法性法律之地位。

在价值层面上,根据“自治与利益说”,市民社会与国家仅仅只是利益倾向有所不同,尽管在特定情形下市民社会成员应当为国家利益做出牺牲,但并不意味着国家利益拥有绝对超然于民众个人利益之地位。于我国而言,民法尤其是民法典,在市民社会领域构成对作为裁判渊源之宪法或者宪法性法律之替代,而在此基础上,与 19 世纪欧陆私法历史类似,我国当代市民社会因民法典所具备的类似宪法之作用,而被型构为“私法社会”④。因此,就我国当下语境而言,民法与宪法分别构成私法领域与公法领域之基本法律制度,宪法与民法之间并未形成渊源意义上的“母子”关系,而仅仅只是形式与效力位阶层面上的根本大法与基本法律之间的关系。⑤

我国《宪法》第 12 条第 1 句规定:“社会主义的公共财产神圣不可侵犯”;而在第 13 条第 1 句规定:

---

① Vgl. Somek, Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht? Im Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Band 79, 2020, S. 15.

② 参见李敏:《民法法源论》,北京:法律出版社 2020 年版,第 58 页。

③ 薛军:《“民法——宪法”关系的演变与民法的转型——以欧洲近现代民法的发展轨迹为中心》,《中国法学》2010 年第 1 期,第 83 页。

④ HKK/*Rückert*, vor § 1, Rn. 73ff.

⑤ 赵万一:《从民法与宪法关系的视角谈我国民法典制订的基本理念和制度架构》,《中国法学》2006 年第 1 期,第 123 页。

“公民的合法的私有财产不受侵犯”,从而在宪法范畴内将社会主义公共财产之地位置于市民社会成员私有财产之上。自我国宪法角度观之,该规定无可厚非,作为社会主义国家,我国在价值层面上的确应当将社会主义公共财产视为更为神圣且更加重要之财产类型。我国《民法典》第 207 条规定:“国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律平等保护,任何组织或者个人不得侵犯”,似乎又将社会主义公共财产(国家与集体财产)降格至与私人财产平等之地位,那么,对于此种规范现象应当作何解释呢? 本文认为,《民法典》第 207 条在原《物权法》第 4 条基础上,首次在规范层面上将国家与集体之财产与私人财产认定为接受平等保护之对象,并未构成对《宪法》第 12 条之违反,因为在市民社会的范畴内,倘若《民法典》条款并未超越市民社会而在政治国家领域构成对《宪法》的实质性违反,则《民法典》应当具有最高效力,《民法典》所奉行的平等保护原则并未否定社会主义公共财产在我国宪制乃至政治体系中的神圣地位,只是主张在市场经济范畴内,国家与集体的财产不可依据其财产性质而获得超越私人财产之法律地位。

(二)民法与商法

在民法典颁布之前,涉及民法与商法关系的争议主要存在两派学说,即“民商合一”论与“民商分立”论。尽管两大学说各自在特定立场与价值层面上均具备合理性,但从我国民事立法的演进来看,我国所择取的乃是颇具中国特色的“民商合一”体例。① 我国最终选择编纂民法典,并且未出台关于商法典与商事通则的立法计划,从《民法典》的内容来看,其吸收了大量商事规范,甚至呈现出一定程度上的“民法商法化”现象,例如在总则编部分规定法人人格否认制度,在合同编部分将保理合同作为典型合同纳入民法典体系之中等。因此,在民法典颁行之后,民法与商法之间的关系则不宜以过去较为纯粹的“民商合一”抑或“民商分立”观念予以诠释。

首先,我国的“民商合一”体例并非严格意义上的“民商合一”范式。严格意义上的“民商合一”是以大型私法典为旨趣,而将民法规范与商法规范统合入一部法典之中。我国《民法典》并未将一切商事规范纳入,诸如《公司法》《合伙企业法》《证券法》《保险法》《票据法》《海商法》等法律仍旧以单行法形式游移于民法典体系之外。因此,我国的“民商合一”体例其实是将一般私法汇纂为民法典,而放任诸多商法以独立单行法形式存续的松散构造,《民法典》与《公司法》等单行法之间仅以平等、私法自治等民法基本原则为价值基础构成“一般私法——特别私法”规范体系,而并未实现形式意义上的整合。

其次,《民法典》颁行之后,商事通则的内容几乎全部被《民法典》吸收,但这并不意味着商法的彻底消亡。事实上,我国《民法典》并非纯粹市民生活法典,而是蕴含浓厚商法因素之法典,此即民法典的“商化”现象②或曰“民法商法化”。商法不再具备独立成为部门法之形式条件,因为真正意义上的商事通则已经以民事规范的形式被纳入《民法典》。但是,在法教义学层面上,我们仍可依据条款与规范之识别,自《民法典》中抽离出一般商事规范体系。例如,《民法典》中的营利法人规则、动产担保规则、保理合同规则、融资租赁合同规则、合伙合同规则等可大致构造出以商事组织法、商事担保法以及商事合同法等条款为内容的一般商事规范体系,该一般商事规范体系进而可以与《民法典》之外的商事单行法构成教义学层面而非立法层面之商法规范体系。

最后,我国《民法典》对一般商事规范的吸纳也使民法性质发生了重大转变。在《民法典》内部,大致可以将所有规范区分为商业民法与生活民法两大界域,前者包括营利法人法、商事合同法、商事物权法、商事担保法以及法人人格权法等;而后者则主要包括自然人法、生活物权法、婚姻法、继承法、收养法、日常交易法等。在区分商业民法与生活民法的基础上,《民法典》还有大量普适性的既可适用于商业领域,又可作用于生活领域的共通原则与规范,例如民法基本原则、法律行为规范、期间规范以及法源

---

① 孙宪忠:《论民法典贯彻体系性科学逻辑的几个要点》,《东方法学》2020 年第 4 期,第 22 页。

② 参见谢鸿飞:《〈民法典〉制度革新的三个维度:世界、中国和时代》,《法制与社会发展》2020 年第 4 期,第 75 页。

规范等。

一言以蔽之,在《民法典》颁行之后,商法尽管在立法形式上不再具备部门法之地位,但商法却并未与民法实现真正意义上的彻底融合。由于民法乃适用于一切市民社会成员之法,故而民法之适当旨趣,应当限于生活民法以及商业民法与生活民法之共通规则;在生活民法与共同规则之外,商业民法仍旧存在于民法典内部以及法典外的特别私法之中,并且在教义学层面上呈现一定程度上之体系特征。我国尽管在非严格意义上奉行"民商合一"之体例,但在教义学层面上的条款识别视阈内,我国仍旧可以适度参酌"民商分立"之精神,在适用商业民法规范时注意将其与生活民法乃至共通规则予以合理的区别对待,而不可任意在不同性质的规范之间进行类推适用,或者以生活民法性质的规范为基础而为商业民法规范之续造(反之亦然)。

(三)民法与经济法

我国民法学与经济法学曾经长期处于较为激烈的论战状态。在民法典颁行之前,尤其是 1979 年之后绵延七年的时间内,围绕民法与经济法的界域问题,两派学者进行了充分而热烈的理论探讨。民法学者认为企业之间的经济关系应当归属于民法;而经济法学者认为企业之间的经济关系理应纳入经济法体系。经济法学界曾一度提出"大经济法"理论,力图将一切具有经济因素的法律关系均纳入经济法范畴之中,但民法学界普遍认为民法在市民社会,尤其是市场经济的范围内应当具备调整蕴含经济因素的法律关系之功能。

从当时的立法来看,民法与经济法之间的体系关系并未得到清晰界定。我国 1981 年颁行的《经济合同法》在立法体例上主要参考了苏联经济法理论,具有浓厚的计划经济与国家干预色彩。然而,我国于 1985 年以《联合国货物销售合同公约》为参照制定了《涉外经济合同法》,并于 1986 年颁布《民法通则》,这使得民法在体系构造意义上得以将部分企业经济法律关系重新纳入民法界域。以《民法通则》的颁行尤其是 1999 年统一《合同法》的制定为标志,在体系构造意义上,民法与经济逐渐由犬牙交错、相互交叉转变为界域相对清晰、二者相互脱钩之状态,民法开始以传统潘德克顿法学所界定之一般私法为圭臬,形成自身体系;而经济法则逐步以国家干预、经济手段等因素为基础,重新构造自己的规范与理论体系。

当然,伴随民法典的颁行,经济法学界亦对经济法的统合性立法与体系构造问题进行了深入而富有成效的探究。部分学者认为,以民法典的诞生为契机,经济法也应当推进法典化运动,应当透过《经济法总则》或者《经济法通则》之编纂,而将市场规制法、宏观调控法等经济法汇纂为法典;①或者在编纂《经济法总则》(《经济法通则》)的基础上,制定诸多经济单行立法以便实现经济法体系之构造。② 本文认为,以民法典颁行为背景,经济法法典化在当代的确具备相当程度之基础。对于我国而言,"在前 30 年,随着计划经济体制、集中统一的经济管理体制的推行,以及'经济宪法'对'有计划按比例发展规律'的确定,经济法日渐衰微、沉降,几近于无;在后 40 年,随着市场经济体制、适度'分权'的经济管理体制的实行,'经济宪法'对计划与市场、政府与市场等关系作出了重新定位,经济法日渐强盛、浮升"③,经济法在我国社会主义市场经济条件下仍旧是我国社会主义法律体系极为重要的组成部分。但从经济法规范发展视角来看,在公法与私法区分教义视阈下,经济法在当代越来越具有以国家干预为内核介入经济领域的公法属性,故而传统经济法中具有鲜明私法属性的部分规范,诸如《消费者权益保护法》中的消费合同法、《产品质量法》中的产品责任条款以及《反不正当竞争法》中为市场经济主体在民事诉讼中

① 李玉虎:《民法典时代的经济法体系构造——兼论〈经济法通则〉的结构》,《财经法学》2020 年第 2 期,第 54—63 页。
② 刘凯:《法典化背景下的经济法统合性立法》,《法学》2020 年第 7 期,第 100—112 页。
③ 张守文:《回望 70 年:经济法制度的沉浮变迁》,《现代法学》2019 年第 7 期,第 3 页。

提供请求权基础的条款,应当作为补充民法典与恢复私法自治理想状态之特别私法而被纳入私法(广义民法)体系,而非经济法体系。而经济法在与私法实现体系界分之后,亦可在实现经济法素材与内容的条理性基础上,致力于经济法自身体系之构造,最终促成经济法的法典化。

在比较法视阈下,德国经济法一般分为经济公法与经济私法。经济私法即私法中对于经济而言最为重要的部分,具体包括民法中的合同法、法定债务法、物权法、担保法,以及劳动法、公司法、竞争法、知识产权法甚至部分程序性规则以及破产法等。① 由此可见,在德国经济法学语境中,经济私法其实就是以经济为范围所构成的法律集合。德国经济私法的概念难以直接适用于我国,因为德国语境中的经济私法并非部门法性质的构造,而是以经济为界域所建构之法律范畴,与我国所固有的民法与经济法区分的部门法结构存在抵牾,故而不宜直接移植。但值得借鉴的是,经济私法概念能够突破德国固有的民商分立思维,将民法、商法甚至带有国家干预因素的竞争法均纳入一个新的范畴,确属富有实益之概念构造。

因此,在维系我国所固有的区分民法(私法)与经济法的部门法思维范式基础上,可以借鉴德国法学上区分经济私法与经济公法之范式,而将与私人利益(也包括社会公共利益)以及私法自治密切相关的消费合同法、产品责任条款等具备私法属性之经济法视为经济私法,并将这些规范作为补充民法典之特别私法纳入私法体系。同时,经济法亦可以经济公法为中心追求并最终实现较为纯粹且富有条理性的法典化目标,惟其如此,方可在公法与私法区分视阈下构造明晰且并立之私法体系与经济法体系。

(四)民法与附属私法

在民法(一般私法、法典化之商法)、民法典外之商法以及经济私法外,仍有部分具有私法属性的规范存在于其他法律渊源,尤其是公法渊源之中。例如,《道路交通安全法》依据其主要规范内容大致应当被归于行政法之列,但《道路交通安全法》第 76 条的规定则属于机动车交通事故责任规范,在体系构造意义上,应为附属于《民法典·侵权责任编》中“机动车交通事故责任”一章之附属规范,故而《道路交通安全法》第 76 条并非行政法规范,而是私法规范。又如,《网络安全法》性质上为行政法,但《网络安全法》第 74 条第 1 款规定:“违反本法规定,给他人造成损害的,依法承担民事责任”,该条款在性质上属于转介条款,尽管并未设置具体的责任规范,但却为违反网络安全法造成他人损害之侵权责任的产生设定了实证法律基础,故而应当归于《民法典·侵权责任编》之附属规范,在性质上属于私法,而非行政法。以《道路交通安全法》第 76 条与《网络安全法》第 74 条第 1 款为典型之附属私法规范尽管并不存在于民法典、商事单行法以及经济私法之中,反而主要寄居于公法渊源的文本范畴内,不过附属私法系为维护私人利益而生,故而在体系构造层面上仍旧应当依据其私人利益保护条款属性而被纳入私法体系之中。

综上,诚如比德林斯基所言,私法大致可以被区分为核心区域与边缘区域两大部分,②而在“新利益说”下,大致可以将民法(一般私法,包括被汇纂入民法典中的纯粹民法与法典化的商事通则)认定为私法规范体系的“核心区域”(基本法),并且将民法典外之商事单行法、经济私法以及寄居于公法渊源中的附属私法归于私法规范体系的“边缘区域”(特别法)之中,从而最终形成“核心区域”与“边缘区域”二分的私法规范体系。当然,“核心区域”与“边缘区域”的区分是动态的观念构造。处于“边缘区域”的私法规范可能基于立法原因而被纳入民法典,从而转变为“核心区域”内的私法规范;相反,“核心区域”内的私法规范亦可因其重要性而在“边缘区域”内衍生出更为丰富的私法规范。在法律演化视角下,部分原本属于公法体系的规范亦可因利益衡量与价值评判的因素,而被归于私法体系中的“边缘区

---

① Vgl. Peter Müssig, Wirtschaftsprivatrecht: Rechtliche Grundlagen wirtschaftlichen Handelns, 20. Aufl., 2018, S. 364, 407, 498, 504, 509, 513.

② Vgl. Franz Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts, 2013, S. 77ff.

域”乃至“核心区域”。一言以蔽之,“新利益说”视阈内的私法规范体系将伴随经济系统、法律系统等社会系统的变动而不断处于嬗变与自我革新之中。

结 语

在更为抽象的层次上,或许正如凯尔森所言,私法与公法之间其实并无根本性差异,二者均为蕴含国家意志的实证法。尽管本文所采纳的是一种私法优位主义,但这绝不意味着私法与公法之间存在非常泾渭分明的效力位阶关系,私法并非在整体上绝对优于公法,在特定条件下,公法可以介入私法范畴之中(例如,征收征用制度);相反,私法一般而言仅可作为对抗公法介入的消极抗辩手段,而不可以积极姿态介入公法领域甚至取消公法之效力。从现代国家治理视角来看,无论私法还是公法,其本质上均为国家现代化治理的手段,二者并无规范层面上的优劣之分,甚至在一定条件下,发达的私法亦可与繁荣的公法相伴而生。① 因此,以自由为旨趣的私法与以干预为目的之公法完全可以水乳交融、相互协动,共同助力于国家之良法善治。以新利益说为基础所构造的私法规范体系并不会削弱公法之地位,本文所主张的私法优位主义,主要是指私法在我国社会主义市场经济与市民社会(包括家庭)范畴中应当享有规范适用层面上的优越性,至于公法在国家权力运行与实施层面上应具无可置疑之权威,则自不待言。

The Positioning of the Private Law and the Binary Construction of its Normative System: Based on the “New Theory of Interest”

Xie Xiao

(*Law School*, *Chongqing University*, *Chongqing* 400044, *China*)

Abstract: Talking about the positioning of the private law in the post-Civil Code era in China, we should identify it as a law that is restricted to market economy and civic society, wholly related to the elements of the private law autonomy, and protected by state power, for the purpose of safeguarding people’s legitimate rights and interests, developing market economy and constructing a favorable business environment. In terms of the construction of its normative system after the promulgation of the Civil Code, the civil law (or the general private law) should be regarded as the basic law of market economy and civic society, while the commercial law that is not included in the Civil Code, the economic private law, and the subsidiary private law which existed in the origin of the public law, should be identified as the special law for market economy and civic society. The civil law (including the codified general principles of the commercial law) which was complied through the civil code was finally constituted as the “core area” (核心区域), while the commercial slip law (商事单行法) which is not included in the civil code, the economic private law and the subsidiary private law, formed the normative system of the private law which was considered as the “peripheral area” (边缘区域).

Key words: civil code; private law; private law autonomy; private law system; public law

(责任编辑 郭昌盛)

① 参见斯蒂文·K. 沃格尔:《市场治理术:政府如何让市场运作》,毛海栋译,北京:北京大学出版社 2020 年版,第 71 页。